



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000673828

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0001149-09.2014.8.26.0077, da Comarca de Birigüi, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI, é apelado SILVIA ANGELICA RODRIGUES SEGURA.

ACORDAM, em 5ª Câmara Extraordinária de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores EUTÁLIO PORTO (Presidente sem voto), BEATRIZ BRAGA E MAURÍCIO FIORITO.

São Paulo, 15 de setembro de 2016.

VERA ANGRISANI
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 27865
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001149-09.2014.8.26.0077
COMARCA: BIRIGUI
APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI
APELADA: SILVIA ANGÉLICA RODRIGUES SEGURA
JUIZ DE 1º GRAU: LUCIANO BRUNETTO BELTRAN

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ITBI. Separação judicial consensual. Doação caracterizada. Fato gerador do ITCMD e não de ITBI. Precedentes. Sentença mantida. Recurso conhecido e não provido.

Trata-se de ação de repetição de indébito ajuizada por SILVIA ANGÉLICA RODRIGUES SEGURA em face da PREFEITURA MUNICIPAL DE BIRIGUI, objetivando a restituição do valor pago a título de ITBI por entender que o tributo incidente sobre a partilha de bens havida nos autos da separação judicial nº 2480/2008, que tramitou perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Birigui é tão somente o ITCMD, devido à Fazenda Estadual. Alega, em síntese, que o cônjuge varão não obteve qualquer tipo de compensação onerosa em decorrência da transferência de bem imóvel à autora, já que a transação ocorrida, em seu peculiar modo de vista, foi a doação.

A r. sentença de fls. 112/114 julgou procedente o pedido, condenando a ré a pagar à autora valor referente ao tributo recolhido, com os consectários legais.

Inconformada, recorre a Municipalidade aduzindo, em preliminar, a prescrição da pretensão. No mérito, busca a inversão do julgado (fls. 118/123).

Recurso recebido (fls. 126) e respondido (fls. 128/135).

O feito foi distribuído em 25/7/2016 a esta Relatora em cumprimento à Resolução nº 737/2016 da E. Presidência do Tribunal de Justiça.

É o relatório.

O recurso comporta conhecimento e não provimento.

Visa a autora à repetição do indébito tributário sob a argumentação de que o tributo incidente sobre o imóvel de matrícula nº 9.054 lhe pertence exclusivamente, uma vez que, nos autos da ação de separação, o cônjuge varão abdicou do mesmo, sem exigir qualquer valor pecuniário em troca. Entende que o imposto devido é o ITCMD e não o ITBI.

Afasta-se a alegação de prescrição da pretensão.

O prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, a teor do disposto no art. 168, I, do CTN:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I- nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário”.

O art. 156, do CTN elenca as hipóteses de extinção do crédito tributário, sendo o pagamento uma delas:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:
I- o pagamento;”

No caso dos autos, a extinção do crédito tributário se deu justamente pelo pagamento. Após receber cobrança pela Municipalidade, a autora realizou dois parcelamentos e pagou as respectivas parcelas, durante o ano de 2010/2011 (fls. 77/85).

Portanto, realizado o pagamento, extingue-se o crédito tributário, data em que começa a contagem do prazo prescricional de cinco anos para a ação de repetição de indébito.

Ora, a autora poderia ajuizar ação restitutória até 2015/2016, visto que os pagamentos referentes ao ITBI foram realizados em 2010/2011.

Sendo assim, descabe falar em prescrição, porquanto proposta a presente demanda em 2014.

No mérito, os artigos 155 e 156, da Constituição Federal dispõem que:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
(...)

Art. 156 Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
(...)
II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis,

exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;
(...)

Ao que se colhe dos autos, a autora recebeu a título de doação o imóvel em questão quando da partilha realizada na ação de separação judicial consensual. Naquela oportunidade, o cônjuge varão abdicou do seu direito ao imóvel e o deixou integralmente à autora, não obtendo qualquer tipo de compensação onerosa.

A propósito da questão, pertinente a lição de Aires F. Barreto, que em sua obra Curso de Direito Tributário Municipal (p. 289. São Paulo: Saraiva, 2009) afirma que:

“Para que não se incorra em erro, impõe-se considerar o modo pelo qual se dá a partilha. Se a cada cônjuge couber a parte ideal de 50% em cada bem imóvel, não se há falar em transmissão, porquanto esse percentual já era parte integrante do patrimônio de cada um dos cônjuges. Se, no entanto, por razões ou critérios que não vêm a pelo considerar, um dos cônjuges ficar com mais de 50% de qualquer imóvel – mesmo que, diante do total de bens partilhados, só lhe tenha cabido o equivalente a 50% -, é imperioso verificar a que título se deu a transmissão: se por ato oneroso, se por doação. Isto porque, se a transmissão se deu em virtude de contrato de doação, é dizer, por ato jurídico bilateral estabelecido pelas vontades do doador e do donatário (art. 1.165 do Código Civil), essa atribuição patrimonial está fora do campo de incidência do ITBI, porquanto contida na esfera de competência dos Estados para exigir imposto sobre doações. Sintetizando: se o contrato envolve transferência de bem imóvel, ou de parte que supera a casa dos 50%, com caráter de liberalidade (gratuitamente), esse enriquecimento patrimonial

do donatário só é passível de tributação pelo Estado ou pelo Distrito Federal, ex vi da outorga constitucional das competências tributárias privativas (cf. art 155, I).

Equacionamento diverso ocorrerá se a atribuição patrimonial se der por ato oneroso, isto é, se, em vez de doação, houver, pura e simplesmente, contrato de venda e compra, sempre considerando a transmissão do bem imóvel ou de parte dele, excedente de 50%. Nesses casos, tem-se fato que subsume à hipótese de incidência do ITBI.

Para que não se resvale em equívoco, não se pode prescindir, em qualquer dos casos, do exame da vontade das partes, manifestada por ocasião da partilha, na separação judicial. Exceto diante de simulação, a incidência do imposto estadual ou do ITBI resultará dos termos da partilha convencionada pelos cônjuges. Só pelas regras de interpretações dos contratos será possível concluir neste ou naquele sentido”.

Em que pese a argumentação do Município, não se vislumbra qualquer compensação patrimonial caracterizadora de onerosidade, a atrair a incidência do tributo municipal.

Desta maneira, era mesmo que ser restituído o valor pago pela autora a título de ITBI, tal como determinado na r. sentença.

O C. Superior Tribunal de Justiça já sufragou esse entendimento:

TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO POR DOAÇÃO – SEPARAÇÃO JUDICIAL – MEAÇÃO.

1. Na separação judicial, a legalização dos bens da meação não está sujeita a tributação.
2. Em havendo a entrega a um dos cônjuges de bens

de valores superiores à meação, sem indícios de compensação pecuniária, entende-se que ocorreu doação, passando a incidir, sobre o que ultrapassar a meação, o Imposto de Transmissão por Doação, de competência dos Estados (art. 155, I, da CF).

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 723.587/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2005, DJ 06/06/2005, p. 300)

No mesmo sentido os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça:

“REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ITBI. Recolhimento indevido sobre o excesso da meação na partilha dos bens do casal, por ocasião da separação judicial. Pedido Administrativo indeferido, ao argumento de que teria ocorrido o fato gerador para a exigência daquele tributo municipal. Descabimento. Fato Gerador do imposto estadual. ITCMD. Sentença que julgou procedente o pedido confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido”. (Apelação nº 0130647-46.2008.8.26.0053; Relator(a): Rezende Silveira; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 16/10/2014; Data de registro: 21/10/2014).

“Mandado de Segurança. Partilha. Doação de parte excedente à meação. Não incidência do ITBI, uma vez que não se tratou de transferência onerosa. Incidência, na hipótese, de ITCMD, com a observação prevista no art.6º, II, "a" da Lei Estadual nº 10.705/00. Litigância de má-fé inoccorrência. Nega-se provimento ao recurso”. (Apelação nº 0014286-47.2012.8.26.0071; Relator(a): Beatriz Braga; Comarca: Bauru; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/09/2013; Data de registro: 20/10/2013).

Para fins de prequestionamento, observo

que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Pelo exposto, conhece-se e nega-se provimento ao recurso nos termos supracitados. Deixo de arbitrar honorários sucumbenciais, na forma do artigo 85, § 11 do CPC/2015, porque a decisão foi publicada com data anterior a 18 de março de 2016 (enunciado administrativo n. 07 do STJ).

VERA ANGRISANI
Relatora